

Tres problemas jurídicos asociados al control y supervisión de los mediadores familiares

Three legal problems on the control and supervision of family mediators

María Cecilia García Petit - Gloria Aguilera Lillo^{*n}

Resumen

El presente trabajo revisa tres problemas jurídicos asociados a la evaluación del desempeño de los mediadores familiares sometidos al registro nacional de mediadores. Analizamos el estatus jurídico de estos profesionales destacando las falencias y lagunas de la legislación vigente y postulamos la necesidad de revisar el sistema de control y supervisión del trabajo de estos profesionales. Concluimos proponiendo; la elaboración de un estatuto que regule el actuar del mediador en el desempeño de sus funciones, la revisión a la actual aplicación de la mediación en cuanto procedimiento y la elaboración de un sistema de evaluación entre pares.

Abstract

This paper reviews three legal problems associated with the evaluation of the performance of family mediators subject to the national register of mediators. We analyze the legal status of these professionals by highlighting the weaknesses and loopholes in existing legislation and postulate the need to revise the system of monitoring and supervising the work of these professionals. We conclude by proposing: the establishment of a statute regulating the action of the mediator in the discharge of their duties, the review in the current implementation of the mediation proceedings and in developing a peer review system.

Palabras clave: Mediación familiar, mecanismos de control, resolución alternativa de conflictos.

Key words: Family mediation, control mechanisms, alternative dispute resolution

* La primera es Abogada, postulada en Mediación Familiar y Derecho de Familia por la Universidad Católica de Temuco, Abogada ayudante de las Clínicas Jurídicas de Litigación de la Universidad Católica de Temuco en Derecho de Familia y Pasante del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA. Correspondencia a la dirección postal: Manuel Montt #056, Campus San Francisco, Temuco y al e-mail: ceciliagarcia Petit@gmail.com La segunda es Psicóloga, postulada en Mediación Familiar y Derecho de Familia por la Universidad Católica de Temuco y profesional del Centro de Mediación Comunitaria de la comuna de Villarrica, unidad dependiente del Plan Comunal de Seguridad Pública del Ministerio del Interior. Correspondencia a la dirección postal: Manuel Montt #056, Campus San Francisco, Temuco y al e-mail: g.aguileralillo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En Chile, a mediados de los años 90 se comenzó a explorar la implementación de un sistema de mediación familiar como un método alternativo de resolución de conflictos con el objetivo de brindar una salida extrajudicial a los conflictos familiares. En esos años, se proyectó una nueva forma de hacer que las personas en conflicto mejorasen sus relaciones interpersonales, colaboraran en lograr acuerdos con su contraparte (probablemente más satisfactorios que la solución impuesta por un tercero) y reiniciarán diálogo con quien, en muchas ocasiones, deberían relacionarse el resto de sus vidas.

Amparada inicialmente en la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil y luego en la Ley N° 19.689 de Tribunales de Familia, el objetivo de la mediación familiar era *"hacer que los procesos de justicia familiar fuesen más breves, menos traumáticos y más baratos"*, Barría (2008). Igualmente, al incorporar la mediación antes, durante o 5 días antes de finalizar un proceso judicial, se pretendió entregar (o devolver) protagonismo a las partes, en un acto que implicaba reconocer en los otros la capacidad de resolución mediante el diálogo, sin la necesidad de un tercero que deba resolver por ellos la situación problema. Se conforma entonces, según Candia (2006: 100), *"un sistema de autorregulación privada que puede ser subsidiaria al sistema judicial para el evento que se trate de materias susceptibles de ser mediadas"*. De esta manera, se promovieron relaciones familiares más igualitarias y el reconocimiento de los Derechos Humanos de todos los integrantes de un sistema familiar.

Transcurrida casi una década de su puesta en escena, varias han sido las modificaciones que jurídicamente se han incorporado a esta forma de resolución alternativa de conflictos. A partir de ellas, se acepta como verdadera la premisa de que al momento de instaurar cualquier nuevo sistema es absolutamente necesaria la introducción de modificaciones durante el proceso de puesta en marcha, por cuanto ello implica instalar nuevos procedimientos que exigen cambios en la cultura organizacional y funcional de muchos operadores jurídicos. Así, solo a partir de la experiencia es posible detectar, analizar y corregir los errores de diseño¹.

Desde esta política de ejecución de la reforma, y sin la intención de hacer alusión a todos y cada uno de las dificultades que presenta la mediación familiar, se delimitará esta investigación en tres problemas jurídicos, los cuales se originan desde una cuestión central: el *'control y supervisión de los mediadores familiares en Chile'*. El tópico en análisis se centrará en primer lugar, en el tratamiento legal que se le otorga al mediador, principalmente, respecto de la determinación y sanción de conductas estimadas como indeseables dentro de las competencias actitudinales del ejercicio del mediador (régimen sancionatorio)². En segundo lugar,

¹ Tanto la Reforma Procesal Penal como la Reforma en Materia de Tribunales de Familia, requirieron de la introducción de modificaciones por parte del legislador (más comúnmente llamadas "las reformas de las reformas") para corregir los inconvenientes y realizar ajustes a partir de su puesta en marcha.

² Denominación que diversas legislaciones de derecho comparado han entregado al control y supervisión de los mediadores, tales como Argentina en su Ley N° 24.573 y el Reglamento N° 91/98, en España Ley 1/2006, de Mediación Familiar de Castilla y León y Ley 1/2001, de Mediación Familiar de Cataluña y su Reglamento 139/2002, entre otras.

determinar los inconvenientes que presenta la aplicación de la mediación como procedimiento y, finalmente, analizar los mecanismos de evaluación del desempeño del mediador.

La elección de los problemas ha de tratarse de forma intencionada a partir de las modificaciones legales que se introdujeron al sistema, teniendo en cuenta que, en principio, la mediación familiar surge como una institución voluntaria, en el entendido de que las partes tenían el poder de decidir voluntariamente sobre el sometimiento del conflicto a un proceso de mediación. Así fue hasta octubre del año 2008. La Ley N° 19.968 (Ley de Tribunales de Familia) modificada por la Ley N° 20.286, impone a la mediación como proceso ineludible previo a la judicialización en los conflictos entre partes relativas a: cuidado personal, relación directa y regular, alimentos y aspectos previos al divorcio. De allí la necesidad acuciante de revisar los mecanismos de control y regulación de la actuación del mediador familiar en nuestro país.

1. ANTECEDENTES GENERALES

Por resolución alternativa de conflictos se entenderá como *“las herramientas de resolución de conflictos alternativas utilizadas antes de la oficialización de un juicio entre las partes”*, según lo propuesto por Ulloa (s.f.: s/p.) estos se presentan como: *“Métodos o formas no adversariales, que se caracterizan porque las partes actúan juntas o cooperativamente, ellas mantienen el control del procedimiento y acuerdan una solución que las beneficiará de igual manera. La decisión que pone fin al conflicto se basa en los propios intereses de las partes, sin importar la decisión jurídica o los precedentes legales”*.

Los sistemas que se contemplan dentro de los denominados MARC –según descripción realizada por la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, se destacan porque todos ellos son métodos autocompositivos, es decir, donde las propias partes son las que llegan a una solución y, además, todos ellos son mecanismos resolutivos por cuanto se utilizan para resolver un conflicto.

Según las definiciones más estandarizadas, la conciliación es un mecanismo no adversarial en el cual las partes actúan en forma conjunta en la búsqueda de opciones, existe una devolución del conflicto a las partes, pues ellas son las que controlan el contenido del proceso y acuerdan la decisión del asunto según sus intereses. Por su parte, la negociación es un proceso en el que dos o más partes, previo reconocimiento de sus diferencias, dialogan directamente y deciden llegar a un acuerdo sobre un asunto o disputa. Las partes pueden negociar frente a frente sin intermediarios. Se caracteriza por ser autocompositivo, voluntario, informal, flexible y está basado en el trabajo conjunto entre las partes, dirigido a resolver la controversia planteada (Escuela Judicial, 1999: 64). En tanto que el arbitraje es un procedimiento semejante a un juicio, en donde un tercero (el árbitro) decide sobre el caso, siendo el papel de las partes menos activo pues solo les cabe aceptar o impugnar la decisión. Sin perjuicio de lo anterior, para algunos autores, en el arbitraje las partes solo tienen el protagonismo activo al momento de elegir al árbitro que conducirá el proceso y las reglas son más flexibles que en un juicio y para autores como Caivano,

Gobbi y Padilla (2006) este método comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo pues la solución, impuesta por el tercero neutral se asemeja en sus efectos a una sentencia judicial. A su turno, la mediación, es *"un procedimiento no judicial de regulación, y no necesariamente de resolución de los conflictos familiares que implica la intervención de un tercero imparcial, que guía a las partes, estableciendo comunicación entre ellos, para que estas encuentren por sí mismas la base de un acuerdo, que contribuirá a poner fin al conflicto (en este caso se estaría cerca de la conciliación), o bien a manejarlo y buscar una salida judicial"*. (Informe de la Biblioteca Nacional, 2003: s/p). Entre sus principales características se mencionan; la voluntariedad, la privacidad, la confidencial, la efectividad y la neutralidad. En Chile, sus ámbitos de aplicación actual son las materias laboral, familiar, penal y educacional.

Por mediación familiar se entiende aquel *"sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos"* (Art.103, Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia). Donoso y Levit (1997: s/p) plantean que la mediación familiar es un *"procedimiento no convencional y extrajudicial donde las personas involucradas colaboran directamente en la solución de sus propios conflictos mediante la construcción creativa de acuerdos con la ayuda de un tercero neutral que actúa como facilitador del proceso comunicacional, inserto en un espacio de intimidad y contención"*.

La Mediación Familiar como un método alternativo de resolución de conflictos permite, mediante, resolver conflictos surgidos en el seno del sistema familiar, restando campo de acción a la concepción individual, propia de nuestro derecho en que, y por una causalidad adversarial lineal, existe una víctima y un victimario, un inocente y un culpable, viéndose entonces fragmentado el interés de la familia como unidad y privilegiándose el litigio por sobre el acuerdo Candia (2006: 133). De acuerdo con este autor, la imputación de derechos y obligaciones está centrada en la familia como totalidad y a consecuencia de ello, ninguna solución a un conflicto podría importar la defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo, el atentado a los interés del los otros; por ello desde la mediación se considera que las partes interactúan con causalidad circular, siendo por tanto las conductas respuestas a otras conductas y por ende las responsabilidades son substancialmente compartidas, lo que valoriza el acuerdo y desplaza al litigio.

Antes de iniciar el desarrollo específico del tema que nos convoca, creemos necesario hacer una breve mención a la legislación que rige la mediación en Chile. En este sentido, diremos que, la mediación en Chile se encuentra regulada en varios cuerpos normativos, el primero en tratar esta materia fue la Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947, promulgada y publicada en año 2004, posteriormente se dictó la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia, la cual comenzó a regir en nuestro país a partir del año 2005. Para la ejecución de estas leyes fue necesaria la dictación de reglamentos, en este sentido, tenemos en primera instancia el Decreto 673 del año 2004 sobre Normas reglamentarias sobre matrimonio civil y registro de mediadores, decreto que fue modificado por el decreto N° 957, denominado Reglamento para la ejecución de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, del año

2005. Finalmente, en septiembre de 2008, ha comenzado a regir en Chile la Ley N° 20.286 que introdujo importantes modificaciones a la mediación familiar. Como ya señalamos, la ley N° 19.947 –Ley de Matrimonio Civil–, fue la primera en regular la mediación en su párrafo 3°, de los artículos 71 a 79.

1.1. El mediador familiar

Según Amidolare (2009: s.p), el mediador familiar debe, necesariamente, efectuar una renuncia a su profesión de origen, en virtud de un imperativo ético. La cuestión de desligarse de la profesión originaria en pos del trabajo a realizar en un sistema de mediación exige entonces, la participación de profesionales que entreguen respuestas coherentes al nuevo ámbito o contexto de aplicación de conocimientos adquiridos en virtud de estudios especializados de nivel de postgrado. Por su parte, para Caivano et al. (2006: 211-212), el mediador es un tercero neutral encargado de manejar el proceso y colaborar con las partes en la búsqueda de soluciones consensuadas, que cumple una serie de funciones, tales como: favorecer el intercambio de información entre las partes, proveer de información adicional cuando es necesario, ayudar a que cada parte comprenda la perspectiva de la otra frente a un problema, manejar las diferencias de percepción que las partes naturalmente tienen haciendo que se legitime la percepción de cada una así como las diferencias de intereses en la relación “agente-principal”, brindar un espacio propicio para la expresión de las emociones y los sentimientos y cooperar con las partes en la creación de opciones o fórmulas probables de acuerdo que satisfagan sus intereses.

Con estas ideas a la vista podemos revisar el perfil ideal del mediador, según Suares (2002):

- a) Saber escuchar, la habilidad para generar confianza y credibilidad
- b) Capacidad de un adecuado control de la ira que le pueden generar ciertas situaciones.
- c) Ser cauto
- d) Contar con habilidades comunicacionales.
- e) Ser capaz de identificar y respetar los ritmos personales de cada parte, no apurando el proceso para avanzar de acuerdo a los tiempos de los participantes y no de acuerdo a los propios.
- f) Habilidades relacionadas con la capacidad de manejar información confidencial y mantener estricta reserva de ella.
- g) Poseer competencias para manejar el conflicto y otras reacciones emocionales como la angustia, la rabia y el temor que suelen presentarse en los modelos de mediación familiar.
- h) Ser conciliador.
- i) Contar con habilidades para el abordaje interdisciplinario de la temática familiar.
- j) Poseer la capacidad de mantenerse neutral, imparcial durante el proceso.
- k) Estar consciente de lo que sucede a nivel afectivo con cada una de las partes involucradas, así como también con la problemática a abordar en el proceso,

para poder evaluar en que situaciones esto pudiera afectar su desempeño y decidir, en consecuencia, la derivación del caso a otro profesional.

- l) Ser flexible, poseer habilidades relativas al replanteamiento y reformulación de las problemáticas que motivan las mediación, de modo tal de desechar ciertas actitudes negativas o enfoques inadecuados que pudieran entorpecer el proceso.
- m) Necesidad de encuadrar objetivos focales de trabajo.
- n) Capacidad de ser empático.
- o) Capacidad asertiva.

Para finalizar este apartado en relación al perfil profesional del mediador, el Proyecto de Ley de Mediación en Argentina³ se proponen las siguientes: confiable, buen oyente, perceptivo, debe poseer capacitación específica y entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de una problemática, poseedor de una seria intención de ayudar, hábil para la comunicación, flexible, neutral, imparcial, sigiloso (respecto de la confidencialidad y de las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto) creativo, paciente y conciliador.

1.2. Evaluación de funciones, deberes y sanciones

Como es posible apreciar, el perfil creado por la bibliografía exige un profesional integral. Surgiendo la pregunta: ¿qué aspectos se deben evaluar? Primero, debemos recordar que el mediador es un ser humano en interacción con otros seres humanos que, al igual que las partes, cuenta con un todo bagaje cultural heredado en el que se incluyen ciertos juicios de valor y emociones ante determinadas situaciones. Por ejemplo, Suares (1997) nos habla de las emociones que surgen en un proceso de mediación entre los miembros del sistema familiar conflictuado. Ella pone especial atención en algunos factores clave al momento de hacer ingreso como un nuevo elemento a este sistema; cuestiones de género, características familiares, recursos personales de enfrentamiento del conflicto, el tipo de conflicto, las soluciones intentadas, entre otros. Todos ellos deben ser valorados por el mediador que recibe al sistema familiar pues de otra forma, podría sumarse al conflicto presente uno nuevo: aquel iniciado por el mismo mediador al traer sus propias emociones, percepciones y sistemas de valores al proceso de interacción familiar.

Según Suares (1997), por interacción se entiende *"a las acciones que se dan dentro de una relación"* por tanto el concepto se puede indicar que, dentro de los ejes de un proceso de mediación se construyen procesos interaccionales comunicantes en donde el eje de la mediación se conforma desde un conflicto que surge en un sistema privado, que luego se hace público una vez que ingresa al sistema judicial y desde donde es derivado (voluntad de las partes mediante) al proceso de mediación. En este contexto general, es en donde se genera un nuevo subsistema compuesto por las partes en disputa y el mediador. Se conforma así, una triada dialógica, que se

³ Proyecto de la Ley N° 24.573 sobre Mediación Familiar.

puede ver alterada por conflictos intrapersonales, entendiéndose estos como conflictos surgidos desde el mundo interno, íntimo y/o privado del mediador, y que atañen directamente a su desempeño profesional pues perjudican la neutralidad de este como tercer participante del sistema, su capacidad de escucha activa y su habilidad de trabajar con las partes para llegar a una solución equitativa.

La función específica a desarrollar por un mediador familiar se funda principalmente en constituirse como un tercero neutral que ayuda a quienes están en conflicto ¿cómo? Por medio de la identificación de los asuntos en disputa y de la exploración de soluciones posibles, aceptables y beneficiosas para las dos partes en conflicto. Sin perjuicio de lo cual, *"esta o cualquier otra definición sobre la función del mediador fallan al no mencionar la gama dinámica de estrategias y técnicas que un mediador emplea deliberadamente cuando intenta reorientar las posiciones para lograr un acuerdo"* Highton y Álvarez (1995: 333).

En lo relativo a la formación del mediador familiar, se exige una instrucción en que se contemple y respete las destrezas y conocimientos previos, sin embargo se debe tener en cuenta que estas son parte del desarrollo personal del mediador y si bien pueden ser de utilidad para una definición del estilo personal es imperioso que este aprenda *"a reconocer y utilizar sus habilidades, debiendo capacitarse para desarrollar estrategias conducentes y, de igual modo, conocer a fondo las reglas esenciales y específicas que el procedimiento de mediación lleve aparejadas"*, Highton y Álvarez (1995: 335). Así, en la capacitación del mediador se deben considerar; la revisión de contenidos teóricos y prácticos, como la relación de pasantías en las que el estudiante participar activamente de forma progresiva.

El Centro de Resolución Alternativo de Conflictos CREA, postula en este punto que *"las actividades de entrenamiento, versan sobre el manejo de entrevistas, técnicas de acercamiento de las partes, dramatización de al menos un proceso de mediación en todas sus etapas. Todo ello complementado con los conocimientos teóricos básicos imprescindibles para el desempeño de la función"* coronándose lo anterior con el énfasis situado en la calidad de tercero neutral preparado para llevar a cabo el proceso de mediación en que las soluciones logradas por las partes sean satisfactorias y aceptables por estas". Por su parte, Highton y Álvarez (1995:335) señalan que en sus inicios en la práctica mediadora *"el aprendiz de mediador estudiará y practicará técnicas bajo la forma de dramatizaciones y role-playing, para incrementar sus habilidades de escucha y negociación, para revelar sus propios prejuicios, para aprender a detectar conflictos interpersonales ocultos o subyacentes, pues serán estas capacidades que necesitará luego para ayudar a resolver disputas reales"*. Agregan las mencionadas autoras que el mediador aprendiz debe completar una primera fase de entrenamiento en el cual debe aprender y aprehender de las técnicas a usar, de su paso en comediaciones la experiencia obtenida sobreviene de la observación *in situ* que realiza de los mediadores expertos que conducen el proceso de mediación y que lo llevan a conocer diferentes estilos de mediación, siendo su primer contacto con asuntos que se manifiestan en el ejercicio de la especialidad. Un último punto se conforma cuando el aprendiz puede realizar mediaciones observado por un mediador experto quien será el encargado de evaluar las técnicas utilizadas, el estilo personal y adecuación del futuro mediador al contexto mediación.

Siguiendo a Sara Cobb, citada por Suares (2002), y tomando la idea desde la reunión de equipo propuesta por Andersen, quien plantea que el trabajo del mediador si no es realizado en forma de mediaciones o en un equipo de cuatro mediadores es indispensable que el aprendiz pueda utilizar algún recurso que le permita revisar el proceso. Pero entonces, ¿desde dónde se puede evaluar el trabajo del mediador? Tenemos algunas sugerencias: desde el trabajo en '*solitario*' o el trabajo en equipos, desde la conversación o análisis después de terminada una sesión, desde un proceso reflexivo de cómo se llevó el proceso, desde una revisión de nuestras propias emociones surgidas a partir del emocionar del otro, o sea, desde nuestras resonancias en las historias que se comparten en una o varias sesiones de mediación.

2. LA DETERMINACIÓN Y SANCIÓN DE CONDUCTAS ESTIMADAS COMO INDESEABLES DENTRO DE LAS COMPETENCIAS ACTITUDINALES DEL EJERCICIO DEL MEDIADOR (RÉGIMEN SANCIONATORIO)

En lo relativo al control de los mediadores, la Ley N° 19.947 en su artículo 78 estableció que sería un reglamento el que regularía este aspecto, dicho reglamento fue el Decreto N° 673 que reguló el tema específico del control de mediadores y el procedimiento sancionatorio en sus artículo 47 a 67. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, se dictó un nuevo Reglamento –N° 957– que modificó el anterior derogando los artículos pertinentes a la mediación contenidos en la Ley de Matrimonio Civil, así como las normas contenidas en el Decreto N° 673 que la operativizaba.

En la nueva ley que creó los Tribunales de Familia, las causales de eliminación del registro de mediadores, así como las sanciones sufrieron importantes variaciones en relación a la normativa anterior, en primer lugar, fueron modificadas las causales de eliminación del registro, sustituyéndose las letras c) y d), por las siguientes: c) Pérdida de los requisitos exigidos para la inscripción, decretada por la Corte de Apelaciones respectiva. d) Cancelación de la inscripción, decretada por la Corte de Apelaciones respectiva. En segundo lugar, los mecanismos de control contenidos en los artículo 47 y siguientes del Decreto 673, con sus respectivas modalidades de Informes, reclamos e Inspecciones; lo relativo a las sanciones e infracciones; así como el procedimiento sancionatorio regulados en este reglamento fueron sustituidos por el actual artículo 113 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual entregó el régimen sancionatorio a las Cortes de Apelaciones respectivas.

En mérito de lo antes expuesto, se presenta el primer problema propuesto en este trabajo, por cuanto el cambio normativo que ha sufrido el control y la aplicación de sanciones ha sido fundamental. Decimos esto, toda vez que, en una primera instancia, el control de los mediadores en Chile, así como el procedimiento sancionatorio en caso de infracciones por parte del mediador registrado en el registro de mediadores, estuvo entregado al Poder Ejecutivo, específicamente al Ministerio de Justicia, el cual contaba con un procedimiento muy detallado para cumplir con sus objetivos; sin embargo, con las modificaciones que se introdujeron a este tema, esta

materia ha sido entregada a otro de los poderes de Estado, la sede judicial, dejando solo el cumplimiento a la sede administrativa, cual es, el Ministerio de Justicia.

Lo anterior deviene en otro problema asociado, toda vez que el Decreto N° 673 establecía una serie de conductas estimadas como indeseables en el actuar del mediador, sin embargo, tales conductas descritas fueron derogadas con el cambio normativo y no fueron recogidas por las normas modificatorias. Podemos señalar al respecto que solamente han sido descritas medianamente en las bases de licitación que convoca a los centros de mediación a participar en la misma (Ministerio de Justicia, 2008). De un análisis de ellas se puede concluir que están establecidas más bien como causas de incumplimiento de contrato (desde la perspectiva del centro que se adjudique la licitación), pero no como un estatuto de conductas de la persona del mediador en su desempeño, en cuanto lo conminen a no actuar de determinada forma estimada como indeseable por dicho estatuto y por ende sancionada.

Creemos indispensable que si se establece un procedimiento sancionatorio, deben quedar absolutamente claras las conductas sancionables, tanto para aplicar el procedimiento correctamente, así como para que los centros de mediación licitados y los mediadores busquen fórmulas de capacitación y perfeccionamiento que impidan incurrir en dichos actos.

Finalmente, si bien las bases de licitación establecen esta suerte de listado de conductas, dichas bases son publicadas a través del portal www.mercadopublico.cl y tienen acceso a ellas los centros de mediación que desean participar en el proceso de licitación y los mediadores con la misma finalidad, pero ello pierde de vista a los usuarios de la mediación, ya que ellos como usuarios finales son en definitiva quienes deberían tener conocimiento de cuales conductas se estiman deseables o no en la persona del mediador en el marco del desempeño de sus funciones como tal.

3. APLICACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PROCEDIMIENTO

Actualmente, en un porcentaje muy elevado son los Tribunales de Familia los que derivan las causas a los centros de mediación licitados, cuando estas constituyen materias de mediación obligatoria según lo prescrito por la ley. Del mismo modo, estas mediaciones no espontáneas son fijadas en cuanto a su fecha y hora por el mismo tribunal.

Es del caso, que con el incremento de causas ingresadas a los centros, la periodicidad en que se suceden las sesiones de mediación se ha acelerado al punto de dejar un margen muy estrecho entre una sesión y otra. Lo anterior ha generado una suerte de modificación de lo que entendemos por proceso de mediación, tanto en sus aspectos formales como en las técnicas y formas que de común debe ceñirse el mediador.

Esto se explica ya que al ser tan restringidos los tiempos entre sesión, no es posible para el mediador hacer uso de las diversas técnicas de mediación e impide absolutamente abordar otras problemáticas que afecten a los mediados, es decir, debe procurar acotar el proceso a la materia por la cual fueron derivadas las partes.

Creemos que esta situación desvirtúa lo que conocemos por objetivos de la mediación; el nuevo sistema impulsa al mediador a dejar fuera otros objetivos distintos del acuerdo, tales como: búsqueda del problema de fondo entre las partes, restablecer los canales de comunicación entre los mediados y en lo posible regular no solo la materia que los convoca sino otras más, todos en miras a obtener un acuerdo sostenible en el tiempo.

A esta situación actual del sistema, debemos agregar el hecho de que solo se pagan a los centros de mediación licitados las causas que logren un acuerdo y se abona un 20% a aquellas causas que son frustradas pero con comparecencia de ambas partes.

Como consecuencia de lo anterior, creemos que este aspecto económico podría incidir negativamente en el despeño de los mediadores, ya que podrían verse tentados a forzar a las partes a lograr un acuerdo⁴.

Fundamentamos lo anterior, en el hecho de que se ha convertido en un aspecto recurrente del nuevo sistema de aplicación de la mediación, que las partes no concurran al centro y luego de dos citaciones (según corresponda), los mediadores deben proceder a frustrar la causa y por ende no reciben retribución alguna por sus gestiones en estos casos. Se debe tener presente que en muchos casos las partes no están interesadas en recurrir a esta forma de resolución alternativa de conflictos, pero se encuentran obligadas a hacerlos por ser una ley que así lo prescribe.

No pretendemos señalar que la mediación previa y obligatoria sea un sistema equivocado, ya que son muchos los casos que no llegarían a esta instancia, incluso por desconocimiento si no fuera de este modo, simplemente creemos que con las prácticas actuales, se ha desvirtuado el proceso tal y como lo conocemos y el aspecto económico podría tiranizar el sistema, sobre todo si esta forma de aplicación no va acompañada de un sistema adecuado de control y supervisión de los mediadores. En el mismo sentido, se ha señalado que el proceso de mediación es menos costoso que la judicialización de los casos, pero se advierte que

...sin embargo, aun cuando en términos generales un proceso mediado sea menos costoso que uno llevado a tribunales, de todas formas el éxito de la misma no se debe medir solo en función de estos ahorros implícitos, pues en tal caso –al forzar los acuerdos de mediación– se podría llegar a situaciones no deseables: muchas mediaciones exitosas pero con acuerdos poco satisfactorios, incluso para ambas partes. Respecto de la calidad del servicio, solo mencionar que el éxito de la mediación no necesariamente está dado por la existencia en sí de un acuerdo entre las partes. En efecto, la existencia de un acuerdo firmado puede estar asociado, eventualmente, a (i) cierto tipo de coerción que el mediador haga a las partes para lograr la firma de estas, o bien (ii) a la existencia de materias endógenas que el mediador pueda crear

⁴ Opinión similar mantiene el Colegio de Mediadores de Chile, por cuanto estiman que el Ministerio de Justicia ha privilegiado la obtención de un acuerdo para obtener un pago y no fortalecer la mediación como proceso. Carta abierta a los mediadores de Chile publicada en agosto de 2009, por Mauricio Vargas C., miembro del Directorio del Colegio de Mediadores de Chile A. G.

en forma artificiosa con el fin de favorecer la evaluación futura de su causa..." (Ministerio de Justicia, 2008).

4. MECANISMOS DE EVALUACIÓN DEL ACTUAR DE LA PERSONA DEL MEDIADOR

La mediación familiar en Chile surge al amparo del sistema judicial, ente que ha establecido una serie de principios que caracterizan el proceso mismo. Candia (2006: 133) informa que *"los principales principios de mediación que se consagraban en el Proyecto de Ley eran el de igualdad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad"*. Directamente relacionados con la persona del mediador en ejercicio resultan los principios de confidencialidad e imparcialidad, el primero de ellos implica que *"nada de lo dicho por cualquiera de los participantes en la mediación durante el desarrollo de esta, podrá invocarse o incorporarse como medio de prueba, ni a título alguno en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de hacerlo. Salvo en el caso que se tome conocimiento de situaciones de maltrato en contra de menores de edad o incapaces, a propósito del desarrollo de la mediación"*, Candia (2006: 133), todo lo anterior amparado por el secreto profesional. Siguiendo con el mismo autor, señala que *"por imparcialidad, se dice que los mediadores deben serlo respecto de los participantes, y si esta se viera afectada por cualquier causa, deberán rechazar, justificándose ante el tribunal que corresponda"* (134).

En relación al grado de responsabilidad del mediador como comunicador de las características de la mediación se ha observado una fuerte contradicción. En efecto, según lo referido por Murillo, Prüss, Urrutia y Vejar (2001), en la identificación que realizan las personas del rol del mediador, *"la mayoría de los informantes no logran identificar el rol del mediador tal y como los describe la teoría, es decir, como aquella persona que no propone bases para el acuerdo y quien solo es un facilitador del proceso"*.

De lo anterior se puede deducir que, si bien la mediación ha tratado de implementarse como un método alternativo de resolución de conflictos aún persiste cierto grado de desconocimiento en lo relativo al proceso en sí y al papel que desempeña un mediador familiar. Ahora, se podría suponer que siendo los centros de mediación licitados los llamados a recibir usuarios derivados por vía judicial, sean los tribunales quienes deberían *"supervisar de manera continuada la actuación de los mediadores a quienes remitan causas y deben cerciorarse de que su actuación sea siempre de alta calidad"* Highton y Álvarez (1995: 356).

Los centros licitados de mediación familiar, desde un plano organizacional, buscan la excelencia del servicio a través de la formación de equipos de trabajo eficaces y eficientes; es desde esta necesidad que la capacitación permanente permite planificar mejoras en niveles deficitarios que contribuyan a la misión y visión planteadas desde la organización, pero una necesidad de capacitación y actualización de los aprendizajes requiere de un diagnóstico que dé cuenta precisamente de las áreas a potenciar. Cruz (2008) señala que trabajar en equipo es fundamental para sostener el proceso de mediación. El mediador depende y necesita de otras personas

en su quehacer, la supervisión puede ser una tarea más para mejorar la calidad de su trabajo y sostener su formación.

Primero, al tratar de implementar un sistema formal de evaluación se debe establecer si se realizará la evaluación misma considerando si las dimensiones posibles guardan relación directa con el desempeño del evaluado o de los resultados como producto final en un proceso de mediación, o ambas. Segundo, una vez determinados los criterios de evaluación corresponde el siguiente paso que permita determinar quién cumplirá con el rol de evaluador, la propuesta de la investigación se inclina por un sistema de evaluación entre pares o iguales pues y como menciona Love (1981) citado por De Quijano de Arana (1997: 97) se ha hallado "que la evaluación entre iguales generaba resultados confiables y válidos, sin que estos fueran distorsionados por la amistad", agrega —citando a Siegel (1982)— que se ha *"encontrado una alta confiabilidad entre los juicios de los supervisores y los de los compañeros"*. Continúa De Quijano destacando la utilidad de las evaluaciones entre pares por cuanto pueden ser llevadas a la práctica tanto desde la aplicación conjunta con evaluaciones llevadas a cabo por supervisores como por sí sola, recalca la importancia de realizar una retroalimentación de los resultados obtenidos con objetividad, indica que cumplidas los dos requisitos mencionados *"permiten incluso ser utilizadas cómo técnicas para modificar las actitudes, y generar cambios de conducta positivos"* (p.98).

5. CONCLUSIONES

Si bien este apartado se denomina conclusiones, hemos querido hacer recomendaciones o si se quiere, proponer vías de solución a los problemas descritos.

En cuanto al primer problema asociado al control y supervisión de los mediadores, es decir, la determinación y sanción de conductas estimadas como indeseables dentro de las competencias actitudinales del ejercicio del mediador, proponemos la creación de un estatuto de conductas; una suerte de código deontológico que regule cada una de las acciones o actitudes de la persona del mediador en su desempeño en cuanto a tal, que puedan ser estimadas como indeseables y por ende sancionables por parte de la autoridad que corresponda.

Resolver éste problema implica mayor transparencia del sistema tanto para la persona del mediador quien sabrá exactamente qué tipo de conductas debe evitar y conocerá la posible sanción como para, los centros de mediación, que podrían tomar acciones tendientes a evitar dichas prácticas, fortaleciendo aquellas áreas que puedan diagnosticarse como débiles y potenciando a sus mediadores en los aspectos más desarrollados. Además, los usuarios de los centros tendrían conocimiento respecto de qué conductas esperar (o no) de parte de los mediadores posibilitando la denuncia de aquellos casos que contravengan el estatuto.

Respecto de la aplicación del procedimiento de mediación familiar, proponemos la revisión de los aspectos ya señalados. La actual forma de aplicación de la mediación; previa, obligatoria, la forma de las sesiones de mediación así como de los aspectos económicos asociados a la mediación pueden devenir en la *'tiranización'* del sistema y la consiguiente desnaturalización de la mediación en tanto institución.

El sistema actualmente funciona con una orientación 'al acuerdo' que asemeja a la figura de la conciliación u a otro método de resolución alternativa de conflictos y esta desnaturalización debe ser considerada al momento de regular la dinámica del procedimiento.

Para finalizar, y apoyando la evaluación del rol de mediador entre pares, creemos necesario recurrir al establecimiento de un instrumento de evaluación que permita al par evaluador cumplir correctamente con su cometido. Esta es la única forma de que el mediador evaluado tenga claridad y certeza respecto de cuáles son los criterios o estándares evaluados y cuál será el nivel de logro que necesita alcanzar para que dicho criterio sea calificado como satisfactorio. Lo mismo ocurre desde la perspectiva del evaluador quien conocerá de antemano qué se espera de su labor.

Además, la evaluación por pares permite morigerar el impacto del resultado (acuerdo) en la medición del desempeño del mediador evaluado, pues solo los profesionales que poseen conocimientos, preparación y destrezas similares pueden abstraerse del impacto de las estadísticas de acuerdos logrados y concentrarse en el valor del proceso cuestión que resulta central en la mediación familiar.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Libros

Caivano, R. Gobbi, M. y Padilla, R. (2006). *Negociación y Mediación instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: AD-HOC.

De Quijano de Arana, S. (1997). *Sistemas efectivos de evaluación del rendimiento: Resultados y desempeños para la gestión y desarrollo del personal*. Barcelona: EUB, SL.

Highton, I. Álvarez, G. (1995). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: AD-HOC.

Love, K.G. (1981). "Comparison of peer assessment methods: Reliability, validity, friendship bias, and user reaction". En De Quijano de Arana, S. (1997) *Sistemas efectivos de evaluación del rendimiento: Resultados y desempeños para la gestión y desarrollo del personal*. Barcelona: EUB, SL.

Siegel, L. (1982). *Paired comparison evaluations of managerial effectiveness by peers and supervisors*. En De Quijano de Arana, S. (1997). *Sistemas efectivos de evaluación del rendimiento: Resultados y desempeños para la gestión y desarrollo del personal*. Barcelona: EUB, SL.

Suares, M. (1997). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.

_____ (2002). *Mediando en materias familiares*. Buenos Aires: Paidós.

6.2. Tesis

Candia, R. (2006). *La mediación y los Tribunales de Familia*. Memoria de Título para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile.

Murillo, S. Prüss, C. Urrutia, M.J. Vejar, Y. (2001) *Impacto comunicativo y de aprendizaje de la mediación en los sistemas familiares. Análisis de una experiencia*. Tesis para optar al Título de Asistente Social. Temuco, Universidad Católica de Temuco.

6.3. Documentos electrónicos

Amidolare, A.M: (2009). *La mediación como profesión*. En revista La trama, 26. Disponible en: <http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/revista/data.php?id=175>. Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Barría, R. (2008). *El auge y los problemas de la mediación en Chile*. Artículo publicado en "El Mercurio", domingo 17 de febrero de 2008. Disponible en: www.emol.cl

Cruz, M. (2008). *Crónica de la práctica de supervisión en mediación familiar, II Congreso Internacional de Mediación y Convivencia, Gandía*. Disponible en: http://www.mediacionyconvivencia.es/pdf/Cronica_de_la_practica_de_supervision_en_mediacion_familiar.pdf
Fecha ingreso: 10 de septiembre de 2009.

Donoso, P. Levit D. (1997). *La Práctica de Mediación en Centros Institucionales desde la perspectiva de los mediadores, a tres años de su inicio en Chile*. Disponible en: http://www.oas.org/legal/spanish/osaj/res_conflictos_remja_2002.doc. Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ulloa, M. (s f). *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*". Revista del Colegio de Abogados de Concepción. Disponible en: www.colegioabogadosconcepcion.cl
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Bases de licitación de contratación de servicios de mediación familiar. (2009). Disponible en www.mercadopublico.cl
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Escuela Judicial. (1999). *Unidad Alternativa de Resolución de Conflictos*. San José de Costa Rica, Citado por Corporación de Asistencia Judicial. Disponible en: www.cajmetro.cl

Ministerio de Justicia. (2008). *Informe Final: versión corregida y aumentada Licitación de servicios de mediación 759-770-OC08*. Departamento de Economía Universidad de Chile Santiago, 10 de junio de 2008. Disponible en: http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDocs/EST_5.pdf
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Vargas, M. (2009). *Carta abierta a los mediadores de Chile*. Colegio de Mediadores de Chile. Disponible en: http://www.colegiodemediadores.cl/muestra_notas.php?id=33
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

6.4. Textos legales

Decreto 673 sobre Mediación Familiar, extraído de página Biblioteca del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl>.
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Decreto 957 sobre Mediación Familiar, extraído de la página del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyes/241260>.
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ley 19.947 Sobre Matrimonio Civil, extraída de la página del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl>.
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ley N° 19.968 Sobre Tribunales de Familia, extraída de la página del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl>.
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ley 20.286 que modifica la ley 19.968, extraída de la página de Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/original/277775.pdf>.
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ley 1/2006 sobre Mediación familiar en Castilla y León, extraída en Boletín Oficial del Estado, Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/07837.
Fecha ingreso: 03 de enero de 2009.

Ley 01/2001 sobre Mediación de Cataluña, extraída de Noticias Jurídicas, Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-l1-2001.html.
Fecha de ingreso: 03 de enero de 2009.

Ley 24.573 sobre Mediación Familiar en Argentina, extraída en Portal Bioceánico, Disponible en: http://www.portalbioceanico.com/re_legnac_soceind_mediacion_ley24573_docs02.htm Fecha ingreso: 03 de enero de 2009.